

Democratização da Administração Pública e o Princípio da Participação Administrativa

Rafael Carvalho Rezende Oliveira
*Procurador do Município do Rio de Janeiro.
Professor de Direito Administrativo e
Constitucional da EMERJ.*

1) INTRODUÇÃO

O direito não é estático. Ao contrário, ele está em constante evolução em razão da diuturna transformação social. Não se trata simplesmente de alterações de dispositivos legais, mas, especialmente, da forma de se pensar e interpretar o direito.

Nesse contexto de mudanças, o Direito Administrativo, concebido inicialmente sob os ventos liberais da Revolução Francesa¹, passa por uma verdadeira "crise"² em razão das novas e diversificadas tarefas do Estado.

¹ Nesse sentido: WEIL, Prosper. *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1977, p.11. Segundo este renomado autor, não se pode falar em Direito Administrativo antes da Revolução Francesa. Outros autores, no entanto, identificam uma comunidade entre o Antigo Regime e o novo tipo de Estado. Para uma análise dessa divergência, vide: MEDAUAR, ODETE. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª edição, São Paulo: RT, 2003, p.16/23.

² Na visão de Jean Rivero, o Direito Administrativo encontra-se em plena crise: "No termo desta evolução, é por demais evidente que o direito administrativo está hoje em plena crise. Muitas noções fundamentais elaboradas no quadro do Estado liberal, já não dão conta das formas tomadas pela atividade administrativa. As novas tarefas que assume - planificação econômica, gestão de um sector industrial extenso, organização do Território, urbanismo, animação cultural, proteção social, luta contra poluição, procura de uma 'melhor qualidade de vida' - não podem acomodar-se às estruturas nem aos métodos tradicionais." RIVERO, Jean, *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1981, p. 33/34

Dentre as diversas transformações do Direito Administrativo, destaca-se a necessidade de se reforçar a sua legitimidade. Deixado de lado a noção liberal do Estado de Direito, em que a lei possuía um papel de protagonista, o “Estado Democrático de Direito” atual exige, mais que o respeito à lei e ao Direito, o reforço da legitimidade administrativa.

A insuficiência do modelo de democracia representativa, típico do Estado de Direito, faz com que a participação dos administrados na gestão administrativa seja considerada uma das mais importantes formas de legitimação do Direito Administrativo moderno.

O presente trabalho pretende abordar a noção do denominado princípio da participação administrativa no Brasil e no Direito comparado.

2) TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Neste tópico será apresentada, em apertada síntese, a evolução dos modelos estatais e as conseqüências desta evolução no Direito Administrativo.

Conforme já assinalado, o Direito Administrativo, de lado algumas divergências doutrinárias, surgiu com a Revolução Francesa de 1789, cunhado sob dois princípios básicos: legalidade e separação de poderes. A consagração desses princípios buscava precipuamente limitar a atuação do Estado.³ De um lado, o princípio da legalidade passava a exigir a submissão do Estado à lei (Estado de Direito), deixando de lado a liberdade absoluta e arbitrária do Antigo regime (“Estado Policial”). De outro lado, o princípio da separação de poderes (*rectius*: funções), popularizada por Montesquieu, também pretendia ser um mecanismo de limitação do exercício do poder estatal.⁴

³ É importante frisar que, em momento histórico precedente, já existiam documentos jurídicos de limitação do poder estatal como, por exemplo, a Magna Carta de João Sem Terra de 1215. Não obstante isso, a sistematização dessas limitações estatais vai ser efetivada após as Revoluções Francesa e Norte-americana. Neste sentido: TÁCITO, Caio. “Poder de Polícia e Polícia do Poder” in *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, 1º volume, Renovar, 1997, p. 546.

⁴ Em relação à necessidade de divisão de poderes, Montesquieu afirmava: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*, 3ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 168.

O Estado liberal pós-revolucionário, fortemente caracterizado pelo abstencionismo estatal em favor da liberdade e da autonomia dos indivíduos, era visto como uma constante ameaça aos direitos fundamentais recentemente conquistados e reconhecidos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Entretanto, em razão das desigualdades geradas pelo referido abstencionismo estatal, sentiu-se a necessidade de intervenção do Poder Público nas relações econômicas e sociais, como forma de repressão aos abusos dos mais fortes sobre os mais fracos. Surge o denominado Estado Social de direito (*Welfare State*).

O traço marcante da passagem do estado Liberal para o Estado Social, de fundamental relevo para o presente estudo, é a substituição da “Administração autoritária” por uma “Administração consensual”. A administração Pública, nesta nova fase, deixa de lado os atos unilaterais de imposição e passa a utilizar-se de instrumentos consensuais, como os contratos, para a satisfação das necessidades públicas. Na lição de Maria João Estorninho:

“No fundo, um dos aspectos que aqui está em causa é o fenómeno de passagem «da Administração autoritária (“obligkeitlichen”) à Administração soberana consensual (“schlicht-hoheitlichen”)» (...) Trata-se de uma forma de administração nova, «negociada ou contratual», em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública.”⁵

Se o abstencionismo estatal gerou problemas no período liberal, a intervenção desmedida verificada na fase social também acarretou consequências negativas. O enorme crescimento da Administração Pública no Estado Social acarretou o aumento da burocracia

⁵ ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 44.

estatal e a ineficiência do aparelho estatal que já não mais atendia de forma esperada às constantes exigências de celeridade do mundo moderno. Instaura-se, desta forma, um processo de privatizações e de diminuição do tamanho do Estado.

Não obstante esse “retorno do pêndulo”⁶, o Estado “Pós-Social”⁷ valoriza a sociedade civil e incrementa a utilização de mecanismos jurídico-privados no seio da Administração Pública. Por esta razão, percebe-se um crescente abrandamento da dicotomia entre o campo público e privado, especialmente após o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e da centralidade da Constituição no ordenamento jurídico.

A preocupação da Administração Pública moderna deve ser a efetivação dos princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição.⁸ Com a consagração do Estado Democrático de Direito e de princípios, por vezes, contrapostos, típicos de uma sociedade pluralista, a ponderação de interesses, efetivada pela Administração Pública na consecução de suas finalidades, passa ser legitimada pela participação administrativa.

3) NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

As transformações ocorridas no seio do Estado, citadas anteriormente, estão intimamente ligadas às alterações do constitucionalismo nos últimos anos, notadamente após a II Guerra Mundial quando o Direito foi usado como instrumento legitimador de práticas autoritárias. A passagem do “Estado Legislativo” para o “Estado Constitucional”⁹, consagrado pelas Constituições europeias do pós-guerra, representa, sobretudo, uma nova forma de pensar o Direito.

⁶ A devolução de diversas tarefas aos particulares é vista por Caio Tácito como o “retorno do pêndulo”. TÁCITO, Caio. “O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo*, nº 202, 1-10.

⁷ Expressão utilizada por Maria João Estorninho. *Op. cit.* p. 47 e segs.

⁸ Marçal Justen Filho é categórico em afirmar que o “direito administrativo se vincula à realização dos direitos fundamentais, definidos a partir da dignidade da pessoa humana.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

⁹ Sobre a evolução do Estado de Direito vide: FERRAJOLI, Luigi “Pasado y futuro Del Estado de Derecho”, in *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed, editorial Trotta, 2005.

A aproximação entre o Direito e a moral¹⁰, entre o Direito Constitucional e a Filosofia do Direito¹¹, dentre outras transformações do constitucionalismo, são estudadas, hodiernamente, pelo denominado “neoconstitucionalismo” que, não obstante a ausência de um sentido unívoco¹², pode ser compreendido como “não positivismo principialista”¹³, superador, como visto, da célebre divisão jusfilosófica entre o jusnaturalismo e o positivismo.

Dentre as diversas acepções do neoconstitucionalismo¹⁴, verifica-se que o ponto central desta nova forma de pensar o Direito encontra-se na idéia da “constitucionalização do ordenamento jurídico”¹⁵, compreendida como a transformação do ordenamento jurídico que passa a ser impregnado pelas normas constitucionais, dotadas de superioridade hierárquica¹⁶.

É importante ressaltar que a constitucionalização do ordenamento jurídico não significa apenas a introdução de uma Constituição em determinado ordenamento jurídico ou de verificar a adequação formal (estática) da legislação infraconstitucional às normas constitucionais, mas sim da tendência dinâmica de descri-

¹⁰ Neste sentido: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law – The moral reading of the American Constitution*. Cambridge, Harvard University Press, 1996.

¹¹ Nas palavras de ALFONSO GARCIA FIGUEROA, existem cada vez mais “filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas y de constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho.”. GARCIA FIGUEROA, Alfonso. “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, in *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed, editorial Trotta, 2005, p. 161.

¹² A expressão “neoconstitucionalismo” não possui um significado unívoco. Alguns autores abordam o neoconstitucionalismo como um forma de superar a célebre dicotomia jusnaturalismo e positivismo, através da aproximação entre direito e moral. Outros encaram o neoconstitucionalismo como um positivismo renovado (neopositivismo). A tendência doutrinária que prevalece, no entanto, é a primeira concepção. Para uma análise detalhada desse debate, vide: *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed, editorial Trotta, 2005.

¹³ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Op. cit.*, p. 179.

¹⁴ PAOLO COMANDUCCI, utilizando-se da consagrada distinção de tipos de positivismo de NOBERTO BOBBIO, aponta três espécies de neoconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico. Vide: COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, in *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed, editorial Trotta, 2005, p. 82 e segs.

¹⁵ GUASTINI, Ricardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, in *Neoconstitucionalismo(s)*, edição de Miguel Carbonell, 2ª ed, editorial Trotta, 2005, p. 49. Vide, ainda, o nosso trabalho: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, “A constitucionalização do ordenamento jurídico e os princípios constitucionais” in *Teoria constitucional contemporânea e seus impasses*, Org: José Ribas Vieira e outros, Caderno de Estudos Constitucionais, ano XI, nº 1, Rio de Janeiro: PUJ, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2005.

¹⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, trad: Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

ção do processo de transformação do ordenamento jurídico à luz da Constituição.¹⁷

A constitucionalização do ordenamento jurídico, segundo Ricardo Guastini¹⁸, depende da satisfação de uma série de condições, apontadas exemplificadamente pelo autor: a) Constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição (controle de constitucionalidade das leis); c) força vinculante da Constituição (a Constituição é encarada como norma jurídica e não apenas como mera declaração programática); d) “sobreinterpretação” da Constituição (os princípios constitucionais, ao invés de normas – *rectius*: regras – precisas, permite solucionar todas as controvérsias porventura existentes); e) aplicação direta das normas constitucionais (*Drittwirkung*); f) interpretação conforme da legislação ordinária; e g) influência da Constituição sobre as relações políticas.

Alfonso Garcia Figueroa destaca três aspectos implícitos no referido processo de constitucionalização: o aspecto material, o estrutural-funcional e o político.¹⁹

O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste na aproximação da moral ao Direito.²⁰ Há uma tendência hoje entre os juristas de adoção de uma visão não-positivista do Direito.

Quanto ao aspecto estrutural-funcional, o fenômeno da constitucionalização acarreta a alteração da estrutura das normas constitucionais. As Constituições procuram se valer cada vez mais dos princípios como forma de amoldar nos seus textos interesses conflitantes existentes em uma sociedade pluralista.²¹

¹⁷ Segundo Ricardo Guastini: “Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.” GUASTINI, Ricardo. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁸ GUASTINI, Ricardo. *Op. cit.*, p. 49/73

¹⁹ GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Op. cit.*, p. 164 e ss.

²⁰ Neste sentido: DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*

²¹ Frise-se, neste ponto, que a juridicidade dos princípios constitucionais, segundo o ilustre professor Paulo Bonavides, passou por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na fase jusnaturalista, os princípios possuíam apenas dimensão ético-valorativa, sem qualquer normatividade, constituindo-se em “axiomas jurídicos” encontrados no Direito Natural. Na fase positivista, os princípios ingressam nos Códigos como fonte normativa subsidiária. Por fim, com a ascensão do pós-positivismo, foi reconhecida a normatividade dos princípios e estes passaram a ser considerados um “pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 13ª ed, 2003, p. 259 e segs.

Os princípios constitucionais permitem uma expansão da incidência da Constituição, uma vez que os seus comandos normativos são abertos e imprecisos (trata-se da “sobreinterpretação” da Constituição citada por Ricardo Guastini).

De outro lado, os princípios constitucionais são aplicados de forma distinta das regras. A aplicação oitocentista (positivista) das regras jurídicas através de um processo lógico-formal de subsunção não é adequada à nova estrutura principiológica das atuais Constituições.²² Surge a necessidade de aplicação da ponderação aos conflitos entre princípios constitucionais.

O terceiro aspecto (político), mencionado por Alfonso Garcia Figuerola, consiste no deslocamento do protagonismo do Legislativo para o Judiciário. Os princípios constitucionais ampliam a margem de discricionariedade judicial

Pode-se afirmar, resumidamente, que a constitucionalização do ordenamento jurídico obriga o operador do Direito a interpretar a legislação à luz da Constituição. Este fenómeno, segundo Paulo Ricardo Schier, é denominado de “filtragem constitucional”.

“Filtragem Constitucional’ (...) denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas.”²³

O processo de constitucionalização, na lição de Louis Favoreu, acarreta dois efeitos importantes: a) unificação da ordem jurídica (a

²² As regras, na concepção de Ronald Dworkin, seriam aplicadas segundo o critério do “all-or-nothing”, enquanto a aplicação dos princípios admite gradações (“dimension of weight”). DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 24 e ss. Segundo Robert Alexy, os princípios seriam “mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86.

²³ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104, nota 5.

Constituição torna-se o fundamento de validade dos diversos ramos do Direito e a dicotomia entre direito público e privado é relativizada²⁴) e b) simplificação da ordem jurídica (a lei deixa de exercer o papel central e a Constituição passa a ser a “norma de referência” do ordenamento jurídico).²⁵

Nesse processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, o Direito Administrativo passa por uma verdadeira releitura constitucional.

A concepção liberal do Direito Administrativo, cunhada sob os ideais burgueses de separação absoluta entre o Estado e a sociedade²⁶, cede lugar para o ideal democrático das sociedades plurais contemporâneas, em que a atuação da Administração Pública deve não só respeitar como promover os direitos e valores constitucionais através de procedimentos abertos à participação dos cidadãos.

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 representa um momento de ascensão e concretização da democracia. Através da consagração de princípios e valores éticos, o atual texto constitucional possui caráter aberto de forma a atender às diferentes demandas encontradas em uma sociedade pluralista.

A Constituição da República, ao tratar da organização do Estado (Título III), reservou um capítulo especial à Administração Pública (Capítulo VII).

Não obstante isso, o que merece ser ressaltado não é a mera inserção de dispositivos relativos a alguns institutos específicos do Direito Administrativo no texto constitucional, mas sim a consagra-

²⁴ Na lição de Teresa Negreiros: “Fica claro, portanto, que num sistema de proeminência da dignidade da pessoa humana, perde eficácia legitimante a oposição entre o público e o privado, já que, contrariamente ao que preside a uma relação dicotômica, o uso axiológico destas duas esferas não mais admite a sua conceituação como esferas reciprocamente exclusivas e impermeáveis”. NEGREIROS, Teresa. “A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios”, in *Teoria dos direitos fundamentais*, Ricardo Lobo Torres (org.), 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 370

²⁵ Louis Favoreu, “la constitutionnalisation du droit” in Jean-Bernard Auby et al., *L’unité du droit: mélange en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996 apud AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações privadas*, Malheiros, 2005, p. 49.

²⁶ Essa é a constatação da professora MARIA JOÃO ESTORNINHO: “Este nascimento do Direito Administrativo insere-se perfeitamente no contexto da ‘visão liberal do mundo’, assente na separação entre o Estado e a Sociedade, por forma a garantir a propriedade e a intimidade, valores fundamentais que o liberalismo procura preservar a todo o custo.” ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, 1999, p. 31.

ção de princípios administrativos (princípios setoriais²⁷), tais como os previstos no art. 37, *caput* da CRFB/88 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) que funcionam como um norte na interpretação dos institutos jurídico-administrativos.

Ademais, o Direito Administrativo deve ser atualizado à luz da cláusula do Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º da Constituição da República.

Enquanto no Estado de Direito, a Administração Pública submetia-se à legalidade, hoje, no Estado Democrático de Direito, além do respeito à lei e à Constituição, deve a atividade administrativa pautar-se por uma legitimidade reforçada. O Direito Administrativo que outrora se satisfazia com o princípio da legalidade, hoje requer, ainda, o respeito à legitimidade.

Esse é o enfoque central do presente trabalho: a análise da legitimidade reforçada do Direito Administrativo ou, em outras palavras, a aplicação do princípio democrático em sede administrativa.

A legitimidade do Direito Administrativo, além de exigir o respeito aos direitos fundamentais, relaciona-se com a democratização da atuação administrativa.

Supera-se o modelo liberal “agressivo”²⁸ de atuação da Administração por mecanismos consensuais de satisfação do interesse público. Em outras palavras: a Administração Pública deixa de ser vista como um perigo para a sociedade e passa a ser vista como parceira para garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

O “princípio da supremacia do interesse público”²⁹, fortemente questionado atualmente, cede espaço para a ponderação dos

²⁷ Luis Roberto Barroso divide os princípios constitucionais em fundamentais, gerais e setoriais. Os princípios fundamentais são aqueles que revelam decisões políticas estruturais do Estado (ex: princípio federativo, do Estado democrático de direito, etc.). Já os princípios gerais são importantes especificações dos princípios fundamentais (ex: princípio da legalidade, da isonomia, etc.). Por fim, os princípios setoriais referem-se a determinado tema constitucional (ex: princípios da Administração Pública, etc.). BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 3ª. edição, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 150 e segs.

²⁸ Segundo VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA: “O modelo normal (praticamente exclusivo) de actuação da Administração Pública era o acto administrativo. Ele era visto como uma manifestação autoritária do poder estadual relativamente a um particular determinado.” SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, P. 40.

²⁹ Com relação à desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, vide: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

interesses envolvidos na atuação administrativa (“Estado pluriclasse”³⁰), seja pelo fato de existirem vários “interesses públicos”, seja pelo fato de a Constituição da República consagrar direitos fundamentais que devem ser respeitados e promovidos pelo Estado. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ocorre a “passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação”.³¹

4) O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ASPECTOS FILOSÓFICOS, JURÍDICOS E A SUA CONSAGRAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Quando se fala em democracia, logo surge a idéia de convergência da atuação estatal com os anseios sociais. Ocorre que o modelo de democracia representativa (indireta), exercida por representantes eleitos, passa por uma profunda crise e cede espaço para a institucionalização de instrumentos de democracia direta ou semi-direta.

No âmbito do Direito Administrativo, a participação do cidadão na atuação administrativa é a forma de se concretizar o princípio do Estado Democrático de Direito, conferindo uma legitimidade renovada à Administração.

A teoria do discurso de Jürgen Habermas, nesse contexto, serve como fundamento filosófico para a defesa do princípio da participação administrativa. Segundo essa teoria, a legitimação do Direito passa pela adesão dos cidadãos aos procedimentos de sua criação, uma vez que o ordenamento não pode subsistir apenas pelo uso (potencial) da força. A racionalidade comunicativa habermasiana é essencialmente procedimental e reflexiva, na medida em que as pessoas devem obedecer às regras do discurso e as suas idéias devem ser defensáveis através de argumentos.³²

³⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Ministerio para las Administraciones Publicas (MAP), 1991, p. 76 e segs.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Novos institutos consensuais da ação administrativa”, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 231, 2003, p. 142.

³² “A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral.” HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. I, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.32.

A teoria do discurso defendida por Habermas tem inspiração kantiana e resgata a razão prática, mas acrescenta regras procedimentais que irão regular a interação comunicativa.³³ Extrai-se da lição deste autor o seguinte imperativo categórico: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.”³⁴ Em razão da impossibilidade de auto-reprodução, o Direito legítimo precisa estar aberto para as manifestações do espaço público.³⁵

Nesse contexto, a autonomia pública e a privada caminham de mãos dadas, uma vez que somente com a garantia desta última (autonomia privada) permite-se uma efetiva liberdade de participação no processo democrático para tomada de decisões políticas (autonomia pública). Os cidadãos são, ao mesmo tempo, autores e destinatários dos direitos.³⁶

O Direito encontra a sua legitimidade no procedimento (deliberativo) e não nos critérios valorativos (conteúdo da norma). Em outras palavras: as normas nas sociedades pluralistas atuais (sociedades pós-convencionais) mais que aceitas devem ser justificadas através do procedimento democrático.

Por esta razão, Habermas, superando os modelos liberal e republicano de democracia, propõe a noção de “democracia deliberativa”, fundamentada no procedimento discursivo. Revela-se fundamental para a efetivação deste modelo democrático a

³³ Neste sentido: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.282.

³⁴ HABERMAS, Jürgen, *Op.cit.*, p.142.

³⁵ Cláudio Pereira Souza Neto define espaço público como um “canal de transmissão dos impulsos comunicativos gerados no mundo da vida às instâncias formais de tomada das decisões.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op.cit.*, p.300

³⁶ Afirma Habermas: “Todavia, se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. (...) A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos.” HABERMAS, Jürgen, *Op.cit.*, p. 138 e 139.

institucionalização de processos e condições de comunicação que permitam um discurso entre cidadãos livres e iguais.³⁷

Da mesma forma, a teoria de Robert Alexy, influenciada por Habermas³⁸, relativa à argumentação jurídica como discurso racional, encaixa-se no substrato legitimador da participação do cidadão na formação do Direito.

Alexy aponta uma série de regras monológicas e dialógicas que garantem a racionalidade do procedimento argumentativo e dos seus respectivos resultados.³⁹ O discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático geral.

O ponto em comum das concepções defendidas por Habermas e Alexy, para as finalidades do presente trabalho, reside na defesa de uma legitimação do Direito através de um procedimento discursivo-argumentativo, o que fundamenta a defesa da participação popular no processo de tomada de decisões político-administrativas.

Com relação aos contornos jurídicos da participação administrativa, percebe-se uma tendência de se retirar dos ordenamentos jurídicos dos diversos países a consagração, por vezes implícita, do princípio da participação na Administração Pública como forma de superar o descrédito gerado pela ineficiência do modelo representativo de democracia.

Intimamente ligada à crise da democracia representativa, a crise da noção liberal da lei demonstra a necessidade de adoção de meios eficazes de legitimação do Direito. Isto porque os representantes eleitos representam cada vez menos os interesses do povo e, conseqüentemente, a lei, fruto da atuação desses legisladores, não corresponde suficientemente aos anseios sociais.

³⁷ "Todavia, a idéia de democracia, apoiada no conceito de discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada, a qual constitui – ao lado da esfera pública política – uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade.(...) Com isso, não se desmente a intuição que se encontra na base da idéia da soberania popular: ela simplesmente passa a ser interpretada de modo intersubjetivista." HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. II, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 24.

³⁸ Segundo Manuel Atienza, "a teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretção da teoria do discurso prático habermasiano e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito." ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy Editora, 2003, p.160.

³⁹ Sobre as regras do discurso prático geral, vide: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, 2ª. edição, São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 190 e segs.

Mas a crise não é uma exclusividade do exercício do Poder Legislativo. Essa “legitimidade decrescente” também contamina a Administração Pública que, deixando de lado a idéia de executora mecanizada da lei, diuturnamente tem que acomodar interesses constitucionais, por vezes conflitantes.

Uma consequência importante do fenômeno de constitucionalização do Direito Administrativo é superação da idéia positivista da vinculação positiva⁴⁰ da Administração Pública ao princípio da legalidade, conforme constatação de Gustavo Zagrebelsky:

“En la actualidad, ya no vale como antes la distinción entre la posición de los particulares y la de la Administración frente a la ley. Hoy sería problemático proponer de nuevo con carácter general la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio. Esta regla está ya erosionada en ambas direcciones, en relación con particulares y con la Administración.”⁴¹

Não se pode exigir que a lei predetermine de forma completa toda a atuação da Administração em uma sociedade pluralista. Neste passo, a Constituição é erigida ao centro do ordenamento jurídico e os diversos princípios nela previstos devem ser ponderados no processo de concretização dos valores constitucionais.

Ao lado da ampliação do rol complexo de atividades administrativas e de liberdade de decisões, a procedimentalização da participação dos cidadãos na Administração serve como meio eficaz de controle e limitação do poder administrativo. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva defende de forma precisa a participação popular no procedimento administrativo como forma de democratização da Administração:

⁴⁰ A idéia de legalidade como vinculação positiva à lei corresponde à definição clássica do princípio da legalidade administrativa, segundo o qual a Administração Pública somente pode fazer aquilo que a lei expressamente autorizar.

⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editoria Trotta, 2003, p.34

*"Isto porque a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua solução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante factor de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública."*⁴²

No Direito comparado, o princípio da participação administrativa encontra-se consagrado, ainda que de forma implícita, em diversos documentos constitucionais, como, por exemplo, na Constituição espanhola (arts. 9º.2 e 105)⁴³ e portuguesa (art. 267, I)⁴⁴. A Constituição italiana (art. 3º)⁴⁵, por sua vez, estabelece de forma genérica o princípio da participação.

Da mesma forma, o tratado que estabelece uma Constituição para a União Europeia, ao lado da democracia representativa, prevê expressamente o objetivo de efetivação do princípio da democracia participativa (art. I-47).⁴⁶

⁴² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Op. cit.*, p. 402.

⁴³ Art. 9º.2 "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social."; Art. 105. "La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado." Fonte: www.planalto.gov.br, acesso em 14/11/2005.

⁴⁴ Art. 267, I. "A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática." Fonte: www.planalto.gov.br, acesso em 14/11/2005.

⁴⁵ Art. 3º. "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese." Fonte: www.planalto.gov.br, acesso em 14/11/2005.

⁴⁶ Art. I-47. Artigo I-47º. "Princípio da democracia participativa 1. As instituições, recorrendo aos meios adequados, dão aos cidadãos e às associações representativas a possibilidade de expressarem e partilharem publicamente os

Em que pese a consagração nos documentos constitucionais acima referidos, o princípio da participação administrativa vem sendo alvo de críticas doutrinárias em razão de seu conteúdo excessivamente impreciso e pelo risco de se transformar o Estado em um “Estado total”.⁴⁷ Agustín Gordillo critica a formulação que se tem emprestado ao princípio da participação: *“El tema de la participación, según queda dicho, pareciera que en nuestros países se ha manejado a un nivel principalmente abstrato e teórico, antes que práctico y concreto, ni siquiera como base fundante de la construcción teórica”*.⁴⁸

Críticas à parte, há uma tendência na doutrina e nos ordenamentos dos diversos países em se efetivar o princípio da participação como forma de manifestação consensual da Administração Pública. Nesse sentido, Luciano Parejo Alfonso, ao tratar dos atos administrativos consensuais no direito espanhol, deixa claro que o vínculo entre o consenso e a participação:

“la participación directa de la voluntad de sujetos distintos a la Administración (incluso privados) en el resultado del ejercicio de las potestades administrativas. El quid novum de esta forma alternativa de actividad administrativa radica justamente en

seus pontos de vista sobre todos os domínios de acção da União. 2. As instituições estabelecem um diálogo aberto, transparente e regular com as associações representativas e com a sociedade civil. 3. A fim de assegurar a coerência e a transparência das acções da União, a Comissão procede a amplas consultas às partes interessadas. 4. Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar a Constituição. As normas processuais e as condições para a apresentação de tal iniciativa pelos cidadãos, incluindo o número mínimo de Estados-Membros de que aqueles devem provir, são estabelecidas por lei europeia.” Fonte: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/index.htm>, acesso em 14/11/2005.

⁴⁷ A expressão é utilizada por Norberto Bobbio: “O cidadão total e o Estado total são as duas faces da mesma moeda; consideradas uma vez do ponto de vista do povo e outra vez do ponto de vista do príncipe, têm em comum o mesmo princípio: que tudo é política, ou seja, a redução de todos os interesses humanos aos interesses da polis, a politização integral do homem, a resolução do homem no cidadão, a completa eliminação da esfera privada na esfera pública, e assim por diante.” BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, 9ª. edição, Editora Paz e Terra, 2004, p. 55.

⁴⁸ GORDILLO, Agustín. Participación administrativa, *Revista de Derecho Público*, vol. 74, 1985, p. 16. Em sentido análogo, Juan Alfonso Santamaría Pastor entende que o denominado princípio da participação não constitui verdadeiramente uma diretriz constitucional de alcance geral e conclui que *“La participación es, pues, una línea de actuación posible y lícita en el marco de un Estado democrático, pero en absoluto un precepto constitucional vinculante y de eficacia genérica”*. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, 1ª. edición, Iustel, 2004, p. 113.

que la voluntad de los ciudadanos contribuye directamente, como tal, a establecer los términos y condiciones de las relaciones jurídico-administrativas concretas, haciendo emerger éstas al primer plano del Derecho administrativo."⁴⁹

Eduardo García de Enterría, no entanto, alerta para a impossibilidade de se garantir a participação em todas as atividades administrativas, uma vez que a Administração "participada" é subalterna à lei. A participação administrativa não se justifica na tomada da decisão justa, vez que esta já estaria delimitada pelos valores jurídicos finais consagrados pela lei, mas sim na busca da decisão oportuna dentro do exercício da discricionariedade administrativa. Vale dizer: a participação administrativa tem aplicação no campo da discricionariedade.⁵⁰

As formas de participação administrativa, na concepção de Eduardo García de Enterría, seriam: a) orgânica (cunhada sob o modelo corporativo, na atuação orgânica o cidadão se insere em um órgão da Administração); b) funcional (exercício de funções administrativas pelos cidadãos, sem que estes ingressem na estrutura orgânica da Administração); cooperativa (o administrado, sem deixar de atuar como tal e sem exercer funções materialmente públicas, colabora com o atendimento do interesse público).⁵¹

A participação administrativa, é oportuno ressaltar, não deve ser interpretada de forma absoluta. Isto porque, ao lado do princípio da participação, convivem outros princípios constitucionais que também devem ser observados. Dessa maneira, a participação não pode prevalecer quando o mínimo de eficiência administrativa estiver ameaçado e a sua efetivação deve ocorrer, na medida do possível, por previsão legal que estabelecerá o procedimento respectivo.

⁴⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español, *in* Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, nº 13, 2003, p. 17.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, vol. II, novena edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 86.

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 86 e segs.

No Brasil, a discussão em torno do princípio da participação administrativa é embrionária, o que talvez possa ser explicado pela ausência de consagração expressa deste princípio no texto constitucional.⁵²

Em verdade, encontra-se apenas uma referência expressa à participação administrativa no capítulo relativo à Administração Pública: trata-se do art. 37, § 3º da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, que prevê a participação do usuário na Administração Pública, mas a regulação ficou a cargo da legislação ordinária.⁵³

Malgrado a falta de menção expressa do “princípio da participação” no texto constitucional, pode-se apontar como fundamento do referido princípio a própria cláusula do Estado Democrático de Direito inserida no art. 1º da Constituição da República.

Conforme anteriormente assinalado, a evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, longe de se restringir a uma questão puramente de nomenclatura, demonstra a necessidade de se evoluir no pensamento jurídico e nas suas instituições. O acréscimo do adjetivo “democrático” não pretende afirmar que o Estado de Direito era necessariamente autoritário, mesmo porque o poder era exercido por representantes democraticamente eleitos e a Administração submetia-se à legalidade.

Em verdade, a consagração do Estado Democrático de Direito reforça a democracia nos Estados contemporâneos e, em especial, no ordenamento jurídico brasileiro, abalada pelas crises da democracia representativa e do mito liberal de completude da lei. É justamente em razão disso que a participação administrativa ganha força e consubstancia-se em verdadeiro princípio, cujo fundamento constitucional é o art. 1º da Constituição da República.

⁵² Algumas obras nacionais, no entanto, tratam do referido princípio, destacando-se, dentre outras: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na Administração Pública*, Revista Trimestral de Direito Público, vol. 1, 1993, p. 127-39; MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*, São Paulo: RT, 2003; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política (legislativa, administrativa e judicial)*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de participação*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997; e TÁCITO, Caio. “Direito Administrativo participativo”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, 1997, p. 1-6.

⁵³ Todavia, a Constituição da República faz alusão à participação dos cidadãos na Administração em diversos dispositivos: arts. 5º, XXXIII; XXXIV, a; 10; 198, III; 204, II; 216, §1º.

A crescente previsão de mecanismos de participação administrativa pelos diplomas legais reforça a tendência de efetivação da participação administrativa.

A Lei nº 10.257/01, ao instituir o denominado Estatuto da Cidade, consagrou uma série de normas relativas à participação administrativa, revelando um dos mais importantes diplomas legais de efetivação da democracia.⁵⁴

Da mesma forma, a Lei nº 10.079/04, que trata das denominadas parcerias público-privadas, prevê em seu art. 10, inciso VI, a realização de consulta pública para análise da minuta do edital de licitação e do contrato de concessão.

As leis criadoras das denominadas agências reguladoras procuram estabelecer instrumentos de participação do cidadão (usuário) na regulação do respectivo setor como forma de reforçar a legitimação democrática da regulação abalada pela deslegalização.⁵⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma com precisão:

*“é através da participação, como requisito inarredável da democracia material, que se satisfaz a condição de legitimidade indispensável aos processos de produção e de aplicação de normas deslegalizadas, uma vez que ocorrida a deslegalização, aquela condição já não mais poderá ser satisfeita pela legitimação representativa, própria da democracia indireta.”*⁵⁶

Aliás, entre os três princípios regulatórios citados pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, encontra-se o princípio da participação regulatória.⁵⁷

⁵⁴ Arts. 2º, II, XIII; 4º, III, /e § 3º; 40, § 4º, I; 44; 45 da Lei nº 10.257/01.

⁵⁵ Podem ser citados exemplificadamente: art. 4º, §3º da Lei nº 9.427/96 (ANEEL); art. 3º, X e XI da lei nº 9.472/97 (ANATEL).

⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182.

⁵⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto cita três princípios regulatórios: competência regulatória, independência regulatória e participação regulatória. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op.Cit.*, p. 192.

Existem, ainda, outros diplomas legais no ordenamento pátrio que estabelecem a participação administrativa, de forma a corroborar a tese principiológica da participação.⁵⁸


5) CONCLUSÃO

Buscou-se, com este trabalho, apontar alguns fundamentos de base filosófica e jurídica para a defesa do princípio da participação administrativa.

As profundas transformações e a constitucionalização do Direito Administrativo demonstram a necessidade de sua releitura à luz dos princípios constitucionais. Cunhado sob os interesses de uma determinada classe social (burguesia), o Direito Administrativo atual deve atender aos diversos interesses típicos das sociedades pluralistas e democráticas do mundo moderno.

A força de ontem é substituída pela predominância do consenso; a imposição (ou a mera subsunção) pela ponderação. As crises da democracia representativa e da concepção liberal do princípio da legalidade demonstram a necessidade de institucionalização de mecanismos efetivos de salvaguarda dos interesses da sociedade. A democratização do Estado passa necessariamente pela abertura procedimental da Administração Pública.

Não basta a legalidade, exigência intrínseca ao Estado de Direito; hoje deve haver legitimidade nas decisões administrativas. O Estado Democrático (legitimidade) de Direito (legalidade) só pode ser entendido corretamente se houver a conscientização da importância da sociedade civil na satisfação dos interesses públicos. Pode-se falar em verdadeiro processo evolutivo de democratização da Administração Pública.

Conclui-se, portanto, que o princípio da participação administrativa traduz a concretização do Estado Democrático de Direito e reforça (renova) a legitimidade do Direito Administrativo. 

⁵⁸ Dentre outros, destacam-se: Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) – arts. 9º, §4º e 48; Lei nº 9.784/99 (Processo administrativo federal) – arts. 3º, 9º, 31, 32; etc.